

33.68/477)
7562

ДЕРЖАВНА СЛУЖБА В УКРАЇНІ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА У КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА

Серія наукових видань

«ДОКТРИНА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА,
АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ,
ФІНАНСОВОГО ПРАВА»

Розділ 5

ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВНОГО СЛУЖБОВЦЯ: ОСОБЛИВОСТІ ТА ПІДСТАВИ

Глава 5.1. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВНОГО СЛУЖБОВЦЯ

Проблема обмеження злочинності є однією з найгостріших проблем сучасності. Історія розвитку людства свідчить, що вжиття конкретних заходів з боротьби із злочинністю нерідко не пов'язано із достатньо виваженим підходом до її аналізу. Національна культура, суспільний тиск і очікування, адміністративні і політичні процеси, що відбуваються у країні, — ось далеко не повний перелік змінних, які впливають на кампанії з боротьби із злочинністю. Грандіозність масштабів і глобальність поставлених задач надихають на негайне вирішення проблеми. Разом із тим, інтернаціоналізація і глобалізація політичних та економічних процесів у сучасному світі, зростання конфліктності у взаємовідносинах між людьми, соціальними спільнотами, інститутами і державою зумовили підвищений інтерес до проблематики сучасного кримінального права як науки, галузі права і навчальної дисципліни. Необхідність підкріплення соціального контролю над девіантною поведінкою жорсткою силою каральних повноважень кримінально-правових санкцій, незважаючи на послідовну демократизацію суспільних процесів, є нагальною потребою буття.

Акти тероризму і насильства, системна корупція і казнокрадство, білокомірцева і організована злочинність, масові порушення прав власників не можуть залишатися без належної реакції з боку держави. Така необхідність правового регулювання поведінки суб'єктів кримінально-правових відносин пов'язана з потребою запобігання вчиненню подібних діянь у майбутньому.

Формування демократичної правової держави в Україні є неможливим без удосконалення усіх видів службової діяльності. Від якості та об'єктивності реалізації службовими особами своїх повноважень залежать доля політичних, соціальних, економічних реформ, розвиток громадянського суспільства в Україні, а також рівень довіри Українського народу до державної влади. У зв'язку із цим, розробка теоретичних і прикладних питань кримінально-правової охорони інтересів, у тому числі державної служби, є актуальною, а їх вивчення у світлі реформи антикорупційного законодавства набуває все більшого значення. Проте, за період незалежності України відбулося значне поширення злочинності службових осіб. Відповідно до щорічних звітів міжнародної організації «Transparency International» Україна традиційно оцінюється як держава із значним рівнем корупції, що ставить Україну в один ряд із країнами, які вважаються в Європі найбільш корумпованими, а це негативно впливає на її міжнародний авторитет.

Постановка питань щодо підстав та особливостей кримінальної відповідальності державного службовця є нетиповою для кримінального права, оскільки КК України не передбачає як спеціального суб'єкта злочину саме державного службовця. Разом із тим, згідно з пп. «в» п. 1 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», державні службовці є суб'єктами відповідальності за корупційні правопорушення. Згідно ж із ч. 1 ст. 1 названого Закону корупційними правопорушеннями є умисні діяння, що містять ознаки корупції, вчинені суб'єктом відповідальності за корупційні правопорушення, за які законом встановлено, зокрема, кримінальну відповідальність. Виходячи із цього, основними підставами кримінальної відповідальності державних службовців є вчинення ними суспільно небезпечного діяння, яке містить склад корупційного злочину.

У сфері протидії корупції існує ряд міжнародних конвенцій, які в силу їх ратифікації є обов'язковими для України. До них належать Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією¹, Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією² та Додатковий

¹ Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією від 04.11.1999 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

² Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) від 27.01.1999 р.
// Там само.

протокол до неї¹, Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності² та Протоколи до неї, Конвенція ООН проти корупції³ тощо. Зазначені міжнародні акти встановлюють стандарти засобів правового впливу на корупцію і суттєво вплинули на модернізацію законодавства України у цій сфері. Так, модель протидії корупції засобами кримінального права за порівняно короткий період часу (з 11.09.2009 р. по 23.05.2013 р.) неодноразово зазнавала кардинальних змін, що не сприяло виробленню єдиного підходу до інтерпретації та застосування КК України. Осмислення ж зазначених змін з боку науковців та практичних працівників на теперішній час фактично знаходиться на початковому етапі, що прямо справляє негативний вплив на процес протидії корупції в Україні.

Кримінально-правовим проблемам корупційних злочинів присвячено значну кількість наукових робіт. Проте дослідження теоретичних уявлень з проблем корупційних злочинів показало, що була і залишається досить велика кількість спірних чи взагалі невирішених питань, особливо це стосується їх кваліфікації. Означених проблем стало ще більше після суттєвих змін КК України, що відбулися у зв'язку із прийняттям Законів України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»⁴, «Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції»⁵, «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»⁶.

¹ Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 191) від 15.05.2003 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

² Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 12.12.2000 р. // Там само.

³ Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 11.12.2003 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон України від 11.06.2009 р. № 1508-VI // Там само.

⁵ Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції : Закон України від 21.12.2010 р. № 2808-VI // Там само.

⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон України від 07.04.2011 р. № 3207-VI // Там само.

«Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією»¹.

В Україні сформувався та діє механізм правового впливу на корупцію, який об'єктивується через відповідні елементи, а саме через положення Конституції України, Закону «Про засади запобігання і протидію корупції», КК України та КУпАП. При цьому, кожен елемент виконує окрему, незамінну функцію. А оскільки наведені нормативні акти є елементами одного механізму, то вони мають бути побудованими за однією концептуальною моделлю, містити споріднені формулювання та чіткі розмежовувальні ознаки, за якими з достовірністю можна буде обирати різні, визначені цими актами, інструменти впливу на корупцію. Проектування зазначеного вище механізму правового впливу на корупцію щодо неправомірної діяльності державних службовців потребує його конкретизації через положення Закону «Про державну службу» (до 01.01.2014 р. — Закон від 16.12.1993 р., а з 01.01.2014 р. — Закон від 17.11.2011 р.). Разом із тим, проблеми для правозастосування обумовлені тим, що антикорупційні положення усіх зазначених вище актів є складними за змістом та характеризуються суперечливим співвідношенням та неоднозначною термінологією, що потребує невідкладного виправлення. Так, КК України взагалі не оперує термінами «корупція», «корупційний злочин», «державний службовець» тощо. Зазначене дещо ускладнює окреслення предмета цього дослідження, тому варто коротко зупинитися на синхронізації положень Законів «Про державну службу» і «Про засади запобігання і протидії корупції» та КК України.

Незважаючи на те, що корупція є багатоаспектним явищем, науковцям все ж вдалося виокремити ті її властивості, які є визначальними для відображення її змісту. Так, відповідно до ст. 1 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» корупція — це використання особою, зазначеною в ч. 1 ст. 4 цього Закону, наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 18.04.2013 р. № 221-VII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у ч. 1 ст. 4 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей. Діюче визначення корупції значно розширило її зміст порівняно з тим, яке було закріплено в Законі «Про боротьбу з корупцією» 1995 р. за рахунок: 1) передбачення як мети протиправного використання влади одержання не тільки благ матеріального, але й нематеріального характеру; 2) включення до кола суб'єктів корупційних діянь службовців приватного сектору; осіб, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги; посадових осіб іноземних держав; посадових осіб міжнародних організацій; працівників юридичних осіб, фізичних осіб, які надають перерахованим особам неправомірну вигоду; 3) визнання корупцією не тільки використання за неправомірну вигоду наданих службових повноважень, але й використання пов'язаних із цим можливостей.

Встановлення ознак корупції у конкретному злочині передбачає застосування специфічних правових наслідків як у сфері кримінального права (наприклад, притягнення до відповідальності юридичної особи тощо), так і у сфері застосування Закону «Про засади запобігання і протидії корупції». У зв'язку із цим, визначення окремого злочину як корупційного має важливе практичне значення. Категорія «корупційний злочин» на теперішній час є виключно доктринальною і позначає передбачене КК України суспільно небезпечне умисне діяння (дія або бездіяльність), вчинене особою, зазначеною у ч. 1 ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», що містить ознаки корупції.

Систему корупційних злочинів можна поділити на три групи¹:

1) безумовно корупційні злочини, до яких відносять злочини, склади яких передбачено ст.ст. 191, 364, 368, 372, 375 та 423 КК;

¹ Мельник М.І. Корупція: сутність, поняття, заходи протидії / М.І. Мельник : Монографія. — К. : Атіка, 2001. — С.168-173.

2) умовно корупційні злочини (їх вчинення не завжди супроводжується ознаками корупції (може вчинятися як суб'єктами корупції, так і іншими особами, чи мотиви, характерні для корупції, є необов'язковою ознакою складу злочину), до яких відносять злочини, склади яких передбачено ст.ст. 157–162, 210, 211, 343, 365, 366, 370, 371, 373, 376, 382, 426 КК;

3) злочини, які можуть бути віднесені до корупційних з огляду на безпосередній (інколи нерозривний) зв'язок з останніми, до яких відносять склади злочинів, передбачені ст.ст. 198, 209, 255, 256, 369, 396 КК.

Зазначену класифікацію здійснено до проведення масштабних реформ антикорупційного законодавства, а тому вона частково втратила свою актуальність.

Враховуючи чинну редакцію КК України та діюче визначення корупції, до корупційних злочинів слід віднести діяння, передбачені такими статтями КК України: 191, 357, 354, 364, 364-1, 365, 365-1, 365-2, 366, 368, 368-2, 368-3, 368-4, 369, 369-2, 375, 410, 423, 424. Наведений перелік злочинів не означає, що в межах КК України корупцію не заборонено в інших формах. Проте інші статті КК, де суб'єктом є, зокрема, службова особа, можуть мати і не корупційний характер. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, у рамках розділу XVII КК України за ознакою корумпованості можна поділити на такі, що є завжди корупційними (безумовно корупційні) — суспільно небезпечні діяння, всі ознаки яких, що вказують на їх корупційний характер, зазначені в законі чи з необхідністю впливають із його змісту і є обов'язковими для наявності складу злочину; такі, що є завжди не корупційними і змішані (умовно корупційні), вчинення яких не завжди супроводжується ознакою корупційності (в одних випадках вони мають корупційний характер, в інших — ні). Безумовно корупційними є всі різновиди зловживання повноваженнями (ст.ст. 364, 364-1, 365-2 КК), всі види підкупу (ст.ст. 368, 369, 368-3, 368-4 КК) та пов'язане з ними зловживання впливом (ст. 369-2 КК), а також незаконне збагачення (ст. 368-2 КК) та злочин, передбачений ст. 354 КК, змішаними — всі види перевищення влади (ст.ст. 365, 365-1 КК), службове підроблення (ст. 366 КК), завжди не корупційними — службова недбалість (ст. 367 КК), провокація хабара (ст. 370 КК).

Розділ XVII КК передбачає, зокрема, загальні злочини у сфері службової діяльності, оскільки останні можуть бути вчинені будь-якими службовими особами у будь-якій сфері їх діяльності. Окрім зазначеної групи традиційно виокремлюють спеціальні злочини у сфері службової діяльності та змішані злочини у сфері службової діяльності¹. Перші вчинюються конкретно вказаними службовими особами чи (і) у конкретно вказаних сферах їх діяльності. До цієї групи належать, наприклад, злочини, передбачені ст.ст. 210, 211, 238, 371-375 КК та ін. Інші злочини можуть бути скоєні як службовими особами, так і іншими суб'єктами (наприклад, злочини, передбачені ст.ст. 109, 110, 149, 157, 189 КК тощо).

Таким чином, КК України пов'язується із Законом «Про заходи запобігання і протидії корупції» через категорію «корупційний злочин», а коло корупційних злочинів лише перетинається з колом злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Тепер із кола корупційних злочинів необхідно виокремити ті, за вчинення яких до кримінальної відповідальності можуть притягуватися державні службовці. Очевидно, що вирішення цього питання у першу чергу знаходиться у площині характеристик суб'єкта корупційного злочину, що звичайно відбивається і на властивостях об'єкта злочинів державних службовців.

Вчинення корупційних злочинів характеризується обов'язковою участю спеціальних суб'єктів, якими можуть бути: службова особа (визначена у ч. 3 та ч. 4 ст. 18 КК), службова особа публічного сектора (визначена у п. 1 та п. 2 примітки до ст. 364 КК), службова особа юридичної особи приватного права (приватного сектора), особа, яка надає публічні послуги та працівник державного підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою.

З урахуванням цього, норми розділу XVII КК покликані охоплювати три окремі групи суспільних відносин: перша група — це суспільні відносини, змістом яких є встановлений законом

¹ Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация / Б.В. Здравомыслов. — М.: Юрид. лит., 1975. — С. 50–54; Трайнин А. Должностные и хозяйственные преступления / А. Трайнин. — М., 1938. — С. 20–21.

порядок здійснення своїх повноважень державними службовими особами та службовими особами місцевого самоврядування (інтереси публічної служби), друга — це суспільні відносини, змістом яких є встановлений законом порядок здійснення своїх повноважень іншими службовими особами (інтереси приватної служби) і третя — суспільні відносини, змістом яких є встановлений законом порядок здійснення своїх повноважень особами, які надають публічні послуги. Наведений поділ засновано на принциповій відмінності природи повноважень публічних та приватних службовців, їх значимості, а також особливостях повноважень осіб, які надають публічні послуги. Схожим чином закріплюють принцип диференціації відповідальності за корупцію і ратифіковані Україною конвенції у сфері протидії корупції. Структура охоронюваних правовідносин та механізм порушення об'єкта злочинів, передбачених розділом XVII КК, є однаковим, що є чи не єдиною ознакою, яка зумовила поміщення злочинів у сфері публічної та приватної службової діяльності та у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, в один розділ КК України.

Розмежування кримінальної відповідальності за злочини проти інтересів публічної та приватної служби є соціально обумовленим кроком, оскільки недержавні службові особи не беруть участі в управлінні державою та справами місцевого самоврядування, але все ж наділені певними управлінськими повноваженнями, за допомогою яких здатні завдати шкоди самим різним відносинам. Наведений поділ заснований на принциповій відмінності природи повноважень публічних та приватних службовців, їх значимості. Наведені дві групи діянь мають також особливості в об'єкті та своїх наслідках. Необхідно визнати, що суспільна небезпека порушення встановленого порядку здійснення своїх повноважень державними та муніципальними службовими особами є більшою, ніж аналогічне порушення з боку приватних службових осіб.

З урахуванням зазначеного є очевидним, що державні службовці не можуть бути суб'єктами корупційних злочинів у приватній сфері управління, що значно звужує коло підстав їх кримінальної відповідальності за корупцію.

Поняття службової особи, яке закріплено у ч. 3 та ч. 4 ст. 18 КК, охоплює службових осіб публічного сектора, що

визначені у п. 1 та п. 2 примітки до ст. 364 КК, та службових осіб юридичних осіб приватного права та вичерпується ними. Громіздкі визначення службових осіб, що містяться у КК України, можна звести до дефініції, яка повною мірою враховує правові ознаки, які є необхідними та достатніми для застосування цих категорій. Так, службовою особою у КК України є особа, яка на правовій підставі здійснює функції представника влади чи організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції. Правовою підставою здійснення означених функцій є їх виконання у зв'язку із зайняттям посади чи за спеціальним повноваженням.

Представник влади характеризується: 1) наявністю владних повноважень, тобто здійснює як державну, так і муніципальну владу; 2) правом вчиняти дії, що породжують правові наслідки для всіх чи великої кількості громадян; 3) не зв'язаністю у своїй діяльності відомчими рамками. Під організаційно-розпорядчими функціями слід розуміти юридично значиму діяльність, здатну породжувати, змінювати чи припиняти правовідносини, яка полягає в реалізації управлінської влади щодо підлеглих осіб чи їх трудової (службової) діяльності, а під адміністративно-господарськими функціями — юридично значиму діяльність, здатну породжувати, змінювати чи припиняти правовідносини, яка полягає в управлінні та розпорядженні чужим для себе майном незалежно від форми власності, визначенні правової долі майна.

Виконання службових функцій за спеціальним повноваженням може мати місце лише тоді, коли:

1) належним є джерело повноважень, тобто зазначені обов'язки покладено на особу Українським народом, законодавством, правомочним органом чи службовою особою, або судом;

2) такі обов'язки покладено у встановленому законодавством порядку;

3) форма їх покладення допускається законодавством.

У законодавстві України відсутні визначення публічної послуги та особи, яка надає таку послугу. Для цілей КК України осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг за характером повноважень можна поділити на дві групи: 1) особи, що здійснюють юридично значиму діяльність, тобто ту, яка породжує, змінює чи припиняє правовідносини (нотаріус, арбітражний керуючий, незалежний посередник, член тру-

дового арбітражу, третейський суддя); 2) особи, що здійснюють квазіуправлінську діяльність, під якою варто розуміти виконання повноважень, результати реалізації яких є правовими підставами для безпосереднього здійснення функцій службовою особою (аудитор, оцінювач, експерт, викладач при оцінюванні знань, лікар при наданні юридично значимих документів тощо). Крім того, у ч. 1 ст. 365-2 КК України, як і у пп. «б» п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», закріплено негативну ознаку зазначеної категорії спеціальних суб'єктів корупційних злочинів, а саме те, що ці особи не є державними службовцями чи посадовими особами місцевого самоврядування. Проте, ч. 3 ст. 368-4 КК України «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» уже не містить описаної негативної ознаки, що є суттєвою прогалиною, яка потребує невідкладного усунення. Отже, виходячи з положень КК України державні службовці не можуть бути віднесені до категорії осіб, які надають публічні послуги.

Таким чином, для встановлення кола підстав кримінальної відповідальності державних службовців за корупційні злочини залишається співвіднести термін «державний службовець» з термінами «службова особа публічного сектора» (суб'єкт злочинів, передбачених ст.ст. 364, 365, 368, 368-2 КК України) і «працівник державного підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою» (суб'єкт злочину, передбаченого ч.ч. 3, 4 ст. 354 КК України).

Відомо, що Закон «Про державну службу» (1993) прямо не визначав, хто є державним службовцем, проте із системного тлумачення ст.ст. 1 і 2 цього Закону можна було дійти висновку, що до цієї категорії осіб належать особи, які займають посади в державних органах та їх апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави на професійній основі, наділені у зв'язку із цим відповідними службовими повноваженнями та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів. Наведеним Законом із числа державних службовців виокремлено посадових осіб, до яких належать керівники та заступники керівників державних органів та їх апарату, інші державні службовці, на яких законами або іншими нормативними актами покладено здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій.

У Законі «Про державну службу» (2011) уже прямо наводиться дефініція державного службовця, яка більшою мірою конкретизована порівняно з наведеною вище за рахунок характеристик виконуваних цим службовцем функцій, що дозволяє точніше співвіднести коло цих осіб із колом спеціальних суб'єктів корупційних злочинів за КК України. Так, згідно з п. 2 ч. 1 ст. 1 указанного Закону, державний службовець — це громадянин України, який займає посаду державної служби в державному органі, органі влади АРК або їх апараті, одержує заробітну плату за рахунок коштів державного бюджету, крім випадків, визначених законом, та здійснює встановлені для цієї посади повноваження, безпосередньо пов'язані з реалізацією завдань та виконанням функцій державного органу або органу влади АРК щодо: підготовки пропозицій стосовно формування державної політики у відповідній сфері; розроблення, експертизи та/або редагування проектів нормативно-правових актів; надання адміністративних послуг; здійснення державного нагляду (контролю); управління державним майном або майном, що належить АРК, державними корпоративними правами; управління персоналом державних органів, органів влади АРК або їх апарату; реалізації інших повноважень відповідного органу.

З урахуванням викладених вище положень щодо інтерпретації поняття службової особи та її функцій та беручи до уваги об'єм поняття «працівник державного підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою», можна дійти висновку, що державні службовці у КК України є різновидом службових осіб публічного сектора управління, а ті державні службовці, які з урахуванням виконуваних ними функцій не можуть бути визнані за КК України службовими особами, належать до категорії «працівник державного підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою».

Таким чином, із точки зору кримінального права, державних службовців, як спеціальних суб'єктів злочинів, можна поділити на дві групи:

1) державні службовці-службові особи публічної сфери управління (визначаються на підставі поєднання положень Закону «Про державну службу» та п. 1 примітки до ст. 364 КК);

2) державні службовці, що не є службовими особами (визначаються на підставі поєднання положень Закону України «Про державну службу» та ч. 3 ст. 354 КК у частині опису ознак суб'єкта злочину).

Зазначене визначає первинну особливість кола підстав кримінальної відповідальності державних службовців за корупційні злочини, яка полягає у тому, що державні службовці першої групи є спеціальними суб'єктами широкого спектра злочинів, які можуть вчинятися службовими особами публічної сфери управління, а державні службовці другої групи є спеціальними суб'єктами лише такого злочину, як підкуп (ст. 354 КК).

Для повного уявлення про систему корупційних злочинів державних службовців важливою є також їх типологізація за критерієм механізму корупційних відносин на дві принципово різні групи — на односторонні та двосторонні корупційні злочини державних службовців. До односторонніх належать такі корупційні злочини, які можуть бути вчинені державним службовцем одноособово, без обов'язкової добровільної участі інших осіб. До двосторонніх корупційних злочинів належать такі корупційні злочини, які можуть бути вчинені виключно за обов'язкової добровільної участі декількох суб'єктів корупції.

Очевидно, що у межах цієї роботи неможливо розглянути всіх особливостей кримінальної відповідальності державних службовців, тому доцільно зупинитися лише на її характеристиках загального рівня.

Особливим є зв'язок діяння, як елемента об'єктивної сторони корупційних злочинів, із становищем спеціального суб'єкта (державного службовця). Його встановлення зводиться до вирішення питання, чи необхідно використання влади та службового становища трактувати вузько (як здійснення дій, які належать до кола службових повноважень, становлять компетенцію службовця¹) чи широко (як окрім використання службової компетенції, посадова особа, займаючи відповідну посаду, з огляду на це, володіє певним авторитетом, має службові зв'язки

¹ Лысов М.Д. Ответственность должностных лиц по советскому уголовному праву / М.Д. Лысов. — Казань, 1972. — С. 112—113; Кириченко В.Ф. Виды должностных преступлений по советскому уголовному праву / Кириченко В.Ф. — М.: Изд-во АН СССР, 1959. — С.48.

з іншими посадовими особами і тому здатна впливати на них, чого не можуть здійснити інші особи, які не займають цієї посади¹). Остання позиція підтримується судовою практикою, ґрунтується на профільному законі і є правильною. Тому при використанні службовою особою свого впливу і авторитету для скоєння злочину в наявності зв'язок діяння винного із службовим становищем, а, отже, злочин буде корупційним.

Важливим є питання про межі авторитету (впливу) службовця. Якщо будь-яка службова особа зробила будь-що для винного за його клопотанням чи проханням як службової особи, і не зробила б цього у разі, якщо винний не був би службовою особою, то можна говорити про застосування авторитету чи впливу². Проте правозастосування вимагає більш точних критеріїв розпізнання ситуацій, в яких службова особа вживала заходів щодо вчинення дій іншими службовцями саме завдяки своєму службовому становищу, а не якихось інших своїх соціальних можливостей (дружби, знайомства, сімейних стосунків тощо), адже вірним є твердження, відповідно до якого у разі застосування службовцем за хабар наведених та будь-яких інших відмінних від службового становища можливостей, кваліфікація його дій як корупційного злочину є безпідставною³. У контексті розв'язання цієї проблеми актуальним є положення п. 4 постанови Верховного Суду Білорусії⁴ з питань застосування норми про хабарництво, за яким, якщо посадова особа, яка одержала винагороду, просить інших осіб, з якими вона ні в яких службових відносинах не знаходиться, здійснити сприяння в одержанні вигоди особам, що дали винагороду, в її діях склад одержання хабара відсутній, оскільки ця особа здійснює зазначені дії

¹ Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация / Здравомыслов Б.В. — М. : Юрид. лит., 1975. — С.131—132; Волженкин Б.В. Служебные преступления / Волженкин Б.В. — М. : Юристъ, 2000. — С.127—128.

² Светлов А.Я. Ответственность за должностные преступления / Светлов А.Я. — К. : Наук. думка, 1978. — С.47.

³ Кучерявый Н.П. Ответственность за взяточничество / Кучерявый Н.П. — М., 1957. — С. 96.

⁴ О судебной практике по делам о взяточничестве : Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 6 от 26.06.2003 г. : [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.supcourt.by/cgi-bin/index.cgi?vm=d&vr=post&vd=53&at=0&ml=2>

без використання своїх службових повноважень. Таким чином, для можливості застосовувати «авторитет» необхідно, щоб між службовцями існували службові відносини. Видається, що таке положення потребує уточнення, адже не будь-які службові відносини містять у собі можливість одного суб'єкта здійснювати вплив на іншого. Для цього необхідно, щоб такі відносини характеризувалися службовою залежністю одного суб'єкта від іншого. При цьому вплив може здійснюватися лише в одному напрямку — на залежного суб'єкта. Відносини службової залежності можуть бути різними: це може бути адміністративна залежність, фінансова, економічна, особи можуть знаходитися у відносинах підконтрольності чи піднаглядності тощо, головне, щоб одна сторона таких відносин мала можливість, використовуючи свою компетенцію, управляти, притягувати до відповідальності, вирішувати питання щодо просування по службі чи спричиняти будь-які несприятливі наслідки для залежної особи в рамках своїх повноважень. Зворотне здійснення впливу з боку залежної особи є можливим, але це вже не буде вплив завдяки своєму службовому становищу, тут діють більш дружні відносини, які складаються в колективі, чи особисті відносини між цими особами тощо, тому в діях таких осіб не може мати місця склад корупційного злочину. Зокрема, такий висновок випливає з правових позицій Верховного Суду України, які відображені у його Постановах від 12.12.2011 р. по справі № 5-26кц11¹ та від 25.04.2013 р. по справі № 5-5кц13². Щоправда, слід магі на увазі, що необов'язково відносини залежності мають одновекторний характер, можливі ситуації, в яких існує службова взаємозалежність, що, звісно, також дає можливість одній особі впливати на іншу.

Через відомі особливості та новизну проблематики на окрему увагу заслуговує такий злочин, суб'єктом якого може бути державний службовець, як незаконне збагачення (ст. 368-2 КК України). На відміну від Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, Конвенція ООН проти корупції зобов'язує кожну

¹ Постанова Верховного Суду України від 12.12.2011 р. по справі № 5-26кц11 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua>.

² Постанова Верховного Суду України від 25.04.2013 р. по справі № 5-5кц13 // Там само.

державу-учасницю розглянути можливість вжиття законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисного незаконного збагачення, тобто значного збільшення активів державної посадової особи, що перевищує її законні доходи та які вона не може раціонально обґрунтувати (ст. 20). Видається, що в умовах величезної латентності корупції (деякі автори, аналізуючи хабарництво серед співробітників ОВС, визначають таку латентність на рівні 95–98%¹) заходи, запропоновані у ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, є досить рішучим кроком, спрямованим на боротьбу з корупцією різних форм. Хоча законність такого методу, зважаючи на принципи, закріплені у Конституції України, можна оспорювати, але в умовах недовісти існуючих заходів із протидії корупції, ідея щодо встановлення принципово нових підходів заслуговує на увагу.

Що стосується КК України, то формулювання норми щодо незаконного збагачення має відображати особливості української правової системи, і навіряд чи може бути прийнято у вигляді, запропонованому Конвенцією ООН проти корупції. Разом із тим, ст. 368-2 КК закріплює відповідальність за незаконне збагачення з диспозицією, яка значною мірою відрізняється від пропонованої Конвенцією. Така норма, як свідчить практика правозастосування, та й звичайний догматичний аналіз, є досить складною для розуміння того, що саме забороняється. У зв'язку із цим, конструкція ст. 368-2 КК потребує суттєвого перегляду й наближення до вимог ст. 20 Конвенції ООН проти корупції.

Узагальнення ж теоретичних поглядів щодо існування статті про незаконне збагачення у КК України та її зміст свідчать, що основними аргументами проти існування такого складу злочину в системі правового впливу на корупцію в Україні є такі. По-перше, наявність в особи обов'язку обґрунтувати збільшення власних активів сприймається не інакше як обов'язок довести законність їх походження, а отже, підтвердити дотримання законодавства і правомірність своїх дій, що, у свою чергу, на дум-

¹ Шалгунова С.А. Кримінально-правові та кримінологічні заходи попередження хабарництва серед співробітників органів внутрішніх справ : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Шалгунова С.А. / Національна академія внутрішніх справ України. — К., 1999. — С. 7.

ку деяких дослідників, суперечить ст. 62 Конституції України, за якою ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину¹. По-друге, із закріпленого Конвенцією ООН проти корупції визначення незаконного збагачення не зрозуміло, стосовно якого діяння має встановлюватись умисна форма вини, оскільки значне збільшення активів є не діянням, а його наслідком. Виходить, що діяння презюмується, а це суперечить положенню класичного кримінального права про відповідальність особи за свої винні діяння². По-третє, за існуючого механізму фінансового контролю, який, зокрема, був значно обмежений рішенням Конституційного Суду України³ (за цим рішенням стосовно близьких та інших осіб претендента на зайняття посади, пов'язаної з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, не може проводитися спеціальна перевірка, оскільки це суперечить положенням ст. 32 та ст. 64 Конституції України), стаття про незаконне збагачення ефективно діяти не буде. Аргументацію на користь існування незаконного збагачення у КК України можна звести до такого. Презумпція невинуватості не повинна перешкоджати притягненню до кримінальної відповідальності небезпечних осіб за злочини, які до того ж характеризуються високим рівнем латентності. Норма про незаконне збагачення не суперечить принципів

¹ Газдайка-Василишин І.Б. Кримінально-правова характеристика незаконного збагачення / І.Б. Газдайка-Василишин // Митна справа. — 2012. — № 4 (82). — С. 87; Кобець Н.В. Щодо визначення незаконного збагачення як злочину, передбаченого статтею 368-2 КК України / Н.В. Кобець // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції в Україні : матеріали наук.-практ. конференції (19 квітня 2013 р., м. Харків) / МВС України, Харківський пац. ун-т внутр. справ; Кримінологічна асоціація України. — Х. : Золота миля, 2013. — С. 128–129.

² Дудоров О. Незаконне збагачення : сумнівна новела антикорупційного законодавства України / О. Дудоров, Т. Тертиченко // Вісник Національної академії прокуратури України : Фахове видання : Проблеми сьогодення: теорія, практика, життя академії. — 2011. — № 3. — С. 30.

³ У справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень законів України «Про засади запобігання та протидії корупції», «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (справа про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів) : Рішення Конституційного Суду України від 06.10.2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

презумпції невинуватості, рівно як і праву особи не доводити свою невинуватість. Оскільки у конституційних нормах йдеться про право особи не доводити невинуватість у вчиненні злочину, то вимоги Основного закону не передбачають права особи не доводити інші, ніж невинуватість у вчиненні злочину, обставини, зокрема обґрунтування законності походження активів¹.

Незважаючи за означену полеміку, законодавець передбачив у КК України відповідальність за незаконне збагачення, і за чинною редакцією закону для його встановлення необхідно установити відсутність ознак злочину, передбаченого ст. 368 КК. При цьому застосування інструментів герменевтичного методу дозволяє дійти до висновку, що, на відміну від ст. 368 КК, за статтею про незаконне збагачення (ст. 368-2 КК) карається: 1) незаконне збагачення у формулюванні Конвенції ООН проти корупції, якщо неможливо встановити первинний злочин, що призвів до збагачення; 2) одержання неправомірної вигоди у вигляді не підкупу, а винагороди понад 100 НМДГ (до 100 НМДГ — ст. 172-5 КУпАП); 3) одержання винагороди за загальне добре ставлення, а не конкретні дії. Разом із тим, залишати ст. 368-2 КК України в існуючій редакції було би помилковим, що актуалізує подальші дослідження із цієї проблематики.

У КК України виокремлено два різновиди підкупу державних службовців: 1) підкуп працівника державного підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК); 2) прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою (ст. 368 КК) та пропозиція або надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК). Другий вид підкупу до внесення змін до КК України Законом України від 18.04.2013 р. № 221-VII мав назву «хабарництво». За своєю правовою природою зазначені види підкупу є єдиними складними двосторонніми злочинами, які складаються з двох необхідних взаємопов'язаних елементів — передачі й одержання неправомірної вигоди, сторони яких є необхідними співвиконавцями.

¹ Яковлев Д.Л. Правові проблеми незаконного збагачення / Д.Л. Яковлев // *Європейське і національне кримінальне право: шляхи та перспективи розвитку. Третє юридичні читання: матеріали міжнар. наук. конф. студ. та аспірантів / за заг. ред. Є.Л. Стрельцова. —* О., 2007. — С. 218–220.

Ознакою всіх двосторонніх корупційних злочинів державних службовців є неправомірна вигода, яка є засобом вчинення злочину (у складах щодо її передачі) та продуктом злочинної діяльності суб'єкта злочину (у складах щодо її одержання). Під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав. Таким чином, неправомірна вигода — це будь-які переваги (як майнового, так і немайнового характеру), якими можна підкупити спеціального суб'єкта для спрямування його на необ'єктивне здійснення функцій.

Відповідальність за підкуп настає тільки за умови, якщо державний службовець одержав неправомірну вигоду за виконання або невиконання в інтересах того, хто її дає, будь-якої дії з використанням наданого йому спеціального статусу. За судовою практикою, що склалася в Україні¹, відповідальність настає незалежно від того, виконав чи не виконав спеціальний суб'єкт обумовлене, збирався чи ні він це виконувати. Хоча аналогічне положення містилося і в п. 4 попередньої Постанови², але нині воно відсутнє у відповідних Постановах Пленуму Верховного Суду Республіки Білорусь³ та Республіки Казахстан⁴, що викликає необхідність розглянути його більш детально. Незважаючи на всю складність наведеної проблеми, у науковій літературі лише інколи намагалися підійти до її вирішення. Так, зазначалося, що не є необхідним, щоб державний службовець дійсно розраховував виконати ті дії, за які надається неправомірна вигода⁵. Достатньо лише того, щоб він усвідомлював, що вигода

¹ Про судову практику у справах про хабарництво : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26.04.2002 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

² Про судову практику в справах про хабарництво : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 12 від 07.10.94 р. // Там само.

³ О судебной практике по делам о взяточничестве : Постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 6 от 26.06.2003 г.: [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.suprcourt.by>.

⁴ О практике применения судами законодательства об ответственности за взяточничество : Постановление Пленума Верховного Суда Республики Казахстан № 9 от 22.12.1995 г. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

⁵ Квициния А.К. Взятничество и борьба с ним / А.К. Квициния. — Сухуми : Алашара, 1980. — С. 83.

надається за здійснення ним службових дій¹. Проте дії, за виконання чи невиконання яких було одержано вигоду, входять до складу підкупу, а тому психічне ставлення суб'єкта до них також має впливати на кваліфікацію. Крім того, видається, що ставлення державного службовця саме до того, чи будуть такі дії ним здійснені у подальшому чи ні, впливає на усвідомлення того, порушується чи ні об'єкт корупційного злочину. Оскільки службовець, одержуючи винагороду, знає, що його діяльність не пов'яжеться інтересами контрагента, то усвідомлює суспільну небезпеку своїх дій не як дій щодо одержання вигоди, а як дій щодо вилучання майна із чужого володіння. Виходячи із цього, уявляється, що в описаній ситуації умисел службової особи, яка одержує винагороду за дії, які не збирається виконувати, спрямований не на порушення порядку діяльності державного апарату, а на заволодіння чужим майном, а тому має місце шахрайство.

Відповідно до п. 3 постанови Верховного Суду України² відповідальність за підкуп має наставати незалежно від того, до чи після вчинення цих дій було одержано вигоду, була чи не була вона обумовленою до вчинення цих дій. Наведене положення має принциповий характер і пов'язане з проблемою розмежування підкупу і подарунку. Варто зазначити, що відповідні постанови вищих судових інстанцій РФ та Республіки Білорусь не містять положення, за яким склад підкупу буде в наявності, навіть якщо вигода не була обумовлена до вчинення дій по службі. Відомо, що думки вчених із цього питання розділилися. Дійсно КК України прямо не вимагає попередньої домовленості між сторонами підкупу про характер дій, які службовець повинен здійснити за винагороду. Проте винагорода, одержана без домовленості вже після вчинення дій службовою особою, ніяким чином не пов'язана із цими діями, а тому вона не може впливати на посадову особу. У зв'язку із цим, склади підкупу характеризуються ознакою обумовленості, яку необхідно розу-

¹ Кучерявий Н.П. Ответственность за взяточничество / Н.П. Кучерявий. — М., 1957. — С. 139.

² Про судову практику у справах про хабарництво : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 р. № 5 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

міти, не стільки як домовленість про винагороду за вчинені дії по службі між сторонами злочину, а як те, що саме за вигоду службова особа виконує чи не виконує в інтересах того, хто її дає, чи в інтересах третьої особи дії з використанням своєї влади чи службового становища.

Підстави кримінальної відповідальності державних службовців звичайно не вичерпуються вчиненням ними суспільно небезпечних діянь, що містять склади корупційних злочинів, передбачених КК України. Парламентська асамблея Ради Європи у своїй резолюції 1943 (2013) «Корупція як загроза верховенству права» від 26.06.2013 р. окремо підкреслила необхідність перегляду законодавства держав-учасниць, маючи на увазі те, що всі акти активної та пасивної корупції повинно бути криміналізовано. Злочини, які пов'язано з корупцією, має бути чітко визначеними та відокремленими від інших злочинів як зловживання владою та зловживання службовим становищем¹.

У межах цієї роботи увагу сконцентровано на означених злочинах, виходячи з того, що поширення корупції в органах державної влади на сучасному етапі визнається основною реальною загрозою національній безпеці України та стабільності в суспільстві (ст. 7 Закону України «Про основи національної безпеки України» від 19.06.2003 р. № 964-IV), а сам кримінально-правовий механізм протидії корупції зазнав суттєвих реформ і потребує низки наукових досліджень з метою встановлення його змістовних характеристик, правильного застосування й удосконалення. Крім того, кримінальна відповідальність державних службовців порівняно з відповідальністю загальних суб'єктів характеризується значною кількістю особливостей, які неможливо розглянути в рамках роботи подібного рівня, що зумовило окреслення лише деяких із них. Висновки цього дослідження, яке, звичайно, не обмежується викладеним на даних сторінках текстом, розкриваються у зв'язку з відповідними структурними елементами статті. Проблемою, яка неминуче постає перед дослідником кримінальної відповідальності державних службовців

¹ Пункт 8.1 Резолюції 1943(2013) ПАСЕ Коррупция как угроза верховенству права [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.coe.int/T/t/parliamentary_assembly/%5Brussian_documents%5D/%5B2013%5D

є те, що КК України не містить жодної прямої вказівки на державного службовця, як на спеціального суб'єкта злочину. У зв'язку із цим, з точки зору Кримінального закону специфіки відповідальності саме державних службовців не існує, окрім того, що до них, як і до деяких інших суб'єктів, не може бути застосовано такий вид покарання, як виправні роботи. Разом із тим, це не усуває необхідності та доцільності теоретично виокремлювати підстави кримінальної відповідальності державних службовців та описувати їх, оскільки це сприяє кращому розумінню КК України.

Глава 5.2. АДМІНІСТРАТИВНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВНОГО СЛУЖБОВЦЯ

Реформування державної служби, що покликане забезпечити впровадження якісно нових підходів і принципів до здійснення державного управління, відбувається на тлі частих, інколи суперечливих змін законодавства, гальмування впровадження прийнятих рішень, недостатності високопрофесійних кадрів державних службовців і ускладнюється високим рівнем корумпованості у цій сфері. За останні роки в Україні вдалося відновити престиж державної служби, і, незважаючи на систематичне підвищення вимог до державного службовця, посади не довго залишаються вакантними. На черзі вирішення наступного завдання — забезпечення кадрової стабільності, подолання швидкоплинності кадрів на державній службі як умов зростання досвідченості, професіоналізму державних службовців, ефективності службової діяльності. Проблема стабільності апарату, наступності та збереження інституційної пам'яті є, як зазначають фахівці практичної сфери управління державною службою, чи не найбільш актуальною для державного управління¹.

Слід зазначити, що відповідальність державних службовців була і залишається ефективним важелем забезпечення сумлінного виконання покладених на них обов'язків, дотримання вимог законодавства під час здійснення службової діяльності. У порівнянні

¹ Журба О. Реформа державної служби — вагома складова реформ, спрямованих на модернізацію держави / О. Журба // Запорізька січ. — 2012. — № 144. — С. 6.